Die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung bei einseitigen Verpflichtungen

- nach dem Rechte des -
Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural - Dissertation

zum Zwecke der Promotion
der hohen juristischen Fakultät
der UNIVERSITÄT ROSTOCK
überreicht von

Herbert Schweitzer
Referendar
am Königlichen Landgericht Görlitz.

Druck von Otto Henning A.-G., Greiz i. V.

1910/11

Referent:

Herr Prof. Dr. Matthiafs

Meinen Eltern

Weihnachten 1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0081

Literatur-Verzeichnis.

Allermann: Beiträge zur Lehre von der Unmöglichkeit Leistung. Erlanger Dissertation 1907.

Archiv für zivilistische Praxis, Band 91, Seite 101.

Biermann: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichem Recht. Archiv für zivilistische Praxis, Band 91, Seite 73 ff.

Binder: Besprechung von Kisch und Titze in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 52, Seite 597 ff.

Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Band 20.

Brinz: Die Prästation unmöglicher Leistungen. Kritische Ueberschau. Band V. 1857.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Band I. 1900.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Band II. 1902.

Dernburg: Pandekten. Band II. 1902.

Dernburg: Bürgerliches Recht. Band I und II. 1906. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Band 26, 28, 33, 51.

Fischer: Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. Rostocker Festschrift für v. Amsberg. 1904.

Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 52.

Hartmann: Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 1875.

Hein: Verleitung zum Vertragsbruch. 1906.

Jagielski: Die Grundsätze über die ursprüngliche Unmöglichkeit und das ursprüngliche Unvermögen. Heidelberger Dissertation 1910.

Jherings: Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts. Band 43, 50, 76, 90, 91, 92.

Juristische Wochenschrift, Jahrgänge 1880 und 1905.

Kisch: Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Kisch: Besprechung von Titze in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 44.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

Kleineidam: Einige Fragen aus der Unmöglichkeitslehre des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jherings Jahrbücher. Band 43.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.

Krahmer: Gegenseitige Verträge. 1904.

Krahmer: Rudolf Stammlers Sozialphilosophie. 1907.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 44, 45.

Krückmann; Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 101, S. 31 ff.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.

Mommsen: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf das obligatorische Verhältnis. Beiträge zum Obligationenrecht. Band I. 1853.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Amtl. Ausg. Band II.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1910.

Pakuscher: Die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistuug. Rostocker Dissertation 1907.

Planck: Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert. 1907.

Riehl: Ueber wissenschaftliche und nichtwissenschaftliche Philosophie. Antrittsrede 1883.

Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Band I. 1851.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 49, 56, 72.
Sieber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Staffel: Stammlers Lehre vom richtigen Rechte. Jherings Jahrbücher. Band 50.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Stammler: Die Lehre vom richtigen Rechte. 1902
v. Staudinger-Kuhlenbeck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band II. 1906.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
Titze: Besprechung von Kisch. Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 45.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse nach bürgerlichem Recht. Archiv für zivilistische Praxis, Band 91.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1: Einleitung ..... Seite 1

§ 2: Der Begriff der Unmöglichkeit ..... „ 2

§ 3: Objektive und subjektive Unmöglichkeit.... „ 18

§ 4: Ursprüngliche Unmöglichkeit ..... „ 24

§ 5: Rechtliche Behandlung der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung bei Verträgen „ 26

§ 6: Ursprüngliche objektive Unmöglichkeit der Leistung bei einseitigen Verpflichtungen „ 33

§ 7: Ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung bei einseitigen Verpflichtungen „ 45

§ 1.

Einleitung

In der gemeinrechtlichen Literatur hat die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistungen ziemlich wenig Beachtung gefunden. Nur Friedrich Mommsen [1]) und Hartmann [2]) haben ihr breiteren Raum bei der Betrachtung des Obligationenrechts gewährt.

Kurz nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches haben ziemlich gleichzeitig Titze [3]), Kisch [4]) und Kleineidam [5]) der Bedeutung der Unmöglichkeit für unser Recht, insbesondere für das der Schuldverhältnisse umfangreiche Monographien gewidmet, die wiederum Anlaß zu einer großen Anzahl weiterer Abhandlungen über dies Gebiet gaben.

Die gesamte Spezialliteratur beschäftigt sich mit der Unmöglichkeit der Leistung bei Verträgen; geht von der Voraussetzung aus, daß sich zwei Verpflichtungen gegenüberstehen, von denen die eine — sei es vor, sei es nach Vertragsabschluß — unmöglich wird.

---

[1]) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abteilung, die Unmöglichkeit der Leistung. 1853.

[2]) Hartmann, die Obligationen, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 1875.

[3]) Titze, die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

[4]) Kisch, die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. 1900.

[5]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.

Demgegenüber erscheint es als dankenswerte Aufgabe, einmal die rechtlichen Folgen der Unmöglichkeit der Leistung bei Schuldverhältnissen aus einseitigen Verpflichtungsakten zu erörtern.

Die Vorschriften der §§ 275 ff. B. G.-B. über die erst nach Vertragsschluß eintretende Unmöglichkeit müssen, da sie für die Schuldverhältnisse im allgemeinen gelten, auch als Regeln für einseitige Verpflichtungen angesehen werden. Die Vorschriften der §§ 306 ff. B. G.-B. über die ursprüngliche, d. h. vor Vertragsschluß eintretende Unmöglichkeit, können, wie sich aus ihrer Stellung im System ergibt, nur für Schuldverhältnisse aus Verträgen gelten.

Für die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung bei einseitigen Verpflichtungen fehlen somit positive Vorschriften.

Ihrer rechtlichen Behandlung sollen die folgenden Seiten gewidmet sein.

Bevor wir uns jedoch mit der Spezialbehandlung befassen, müssen wir über den Begriff der Unmöglichkeit und das Wesen der ursprünglichen Unmöglichkeit Klarheit zu gewinnen versuchen, um so gleichsam eine feste Basis für weitere Untersuchungen zu finden.

---

§ 2.

Der Begriff der Unmöglichkeit.

Wie sehr die Ansichten der bisherigen Literatur über den Begriff der Unmöglichkeit auseinandergehen, zeigt schon der Umstand, daß nicht einmal darüber Einigkeit besteht, welchem Wissensgebiete das Problem eigentlich angehört:

Es dreht sich der Streit zunächst darum, ob der Begriff der Unmöglichkeit wirklich ein rein juristischer sei, oder ob er vielmehr dem Gebiete der Philosophie angehöre. Angefacht ist diese Frage durch das Buch Hartmanns. Dieser warf zum ersten Male diese Kompetenzfrage auf und glaubte sie zu gunsten der Philosophie entscheiden zu müssen. Auf diesen Standpunkt stellt sich auch Kleineidam.

Demgegenüber hat Mommsen darauf hingewiesen, daß die Jurisprudenz ihren eigenen, juristischen, Unmöglichkeitsbegriff haben müsse. Ihm haben sich Kisch und Titze angeschlossen. Ihre Ansicht ist heute als die herrschende zu bezeichnen.

Wir können uns weder dem einen, noch dem anderen Standpunkt völlig anschließen. Unsere Meinung ist vielmehr folgende: Der in Frage stehende Zweifel weist auf das Problem des Verhältnisses von juristischen zu philosophischen Begriffen überhaupt hin. In dieser Frage wird von Hartmann [1]), Kleineidam [2]) und Krahmer [3]) die radikale Ansicht vertreten, daß es juristische Begriffe neben philosophischen Begriffen garnicht gäbe. Krahmer verweist nach Riehl's [4]) Vorgang darauf, daß die moderne Philosophie sich eine von der sogenannten klassischen, griechischen Philosophie grundsätzlich verschiedene Aufgabe stellt. Richtig ist, daß diese danach trachtete, die Gesamtheit der Wissenschaft zur Ausgestaltung des harmonischen Weltbildes zu nutzen, heute jedoch die Philosophie uns eine Methode der Erkenntnis der Grundbegriffe auf allen unseren Wissensgebieten geben, also Voraussetzungen für methodisch einheitliche Forschungen auf allen Spezialgebieten schaffen will.

---

[1]) Hartmann, a. a. O., Seite 170.

[2]) Kleineidam, Streitfragen, Seite 110.

[3]) Krahmer, gegenseitige Verträge, Seite 40.

[4]) Riehl, über wissenschaftliche und nichtwissenschaftliche Philosophie.

Der hieraus gezogenen Folgerung, die Philosophie formuliere Begriffe, die dann auf allen Wissensgebieten Anwendung finden müßten, können wir uns jedoch nicht rückhaltlos anschließen.

Am klarsten zeigt wohl gerade die Jurisprudenz, daß diese Konsequenz sich nicht mit allgemeiner Gültigkeit ziehen läßt.

Juristisches Denken ist im Gegensatz zum philosophischen Denken ein Denken mit technischem Zwecke, das heißt ein Denken mit vorläufigem Verzicht auf Berücksichtigung des Endzwecks eines wissenschaftlichen Gesamtbildes; es tritt eben der juristische Endzweck in den Vordergrund.[5]) Das juristische Denken ist also ein anderes Denken, als das philosophische. Der Unterschied liegt in der Fragestellung: philosophisches Denken erstrebt Einfügen in das Gesamtbild, juristisches Denken in das Gesetzesbild.

Man kann sagen, ein juristischer Begriff deckt sich mit einem philosophischen Begriff, wie z. B. nach herrschender Lehre sich der strafrechtliche mit dem philosophischen Kausalitätsbegriff deckt. Ein solches Zusammentreffen ist sehr wohl denkbar, aber nicht erforderlich.

Von diesem Standpunkt aus müssen wir dem seit Mommsen häufig erhobenen Einwand, man müsse juristische von philosophischen Begriffen unterscheiden, Recht geben, da festzuhalten ist, daß überhaupt für die Jurisprudenz nur juristische Begriffe in Frage stehen. So ist auch die Frage: „was ist Unmöglichkeit der Leistung?“ lediglich eine Frage der Auslegung positiven Rechts, also eine Frage der technischen Jurisprudenz.

Die Ausführungen Mommsens im oben erläuterten Sinne enthalten jedoch einen ernstzunehmenden Einwand: daß nämlich mit Unrecht der philosophische Begriff der Unmöglichkeit mit dem juristischen identifiziert werde.

---

[5]) Vgl. hierüber im Einzelnen Stammler, Richtiges Recht, Seite 12 ff.

Wir sind der gegenteiligen Ansicht; wir meinen vielmehr, daß der philosophische Unmöglichkeitsbegriff und der juristische Unmöglichkeitsbegriff, also der des Bürgerlichen Gesetzbuches, sich decken.

Hartmann, der erstmalig den philosophischen Unmöglichkeitsbegriff in die juristische Literatur eingeführt hat, formulierte folgendermaßen: „Unmöglickeit ist negative Notwendigkeit, Notwendigkeit des Nichtgeschehens“. [6])

Wir können uns nicht Kleineidams [7]) Ansicht anschließen, der in der Einführung des Begriffes der Notwendigkeit deshalb keinen Vorteil erblicken will, da er überhaupt meint, solche ganz fundamentale Begriffe, wie Unmöglichkeit ließen sich wohl erläutern, beschreiben und umschreiben, nicht aber definieren. Denn das ganze Denken vollzieht sich durch Vereinigung von Vorstellungen zu einem Bewußtsein, d. h durch Bilden von Begriffen. Begriffe formulieren heißt aber bestimmte Merkmale festsetzen, die unzweideutig ein Denkobjekt von einem anderem unterscheiden. Ohne sich über den Begriff, d. h. die wesentlichen Bestandteile eines Gegenstandes unserer geistigen Tätigkeit klar zu sein, wäre es ein Unding, denselben überhaupt zu erörtern.

Aus diesem Grunde kann uns Kleinadams Einwand nicht von der Ansicht Hartmanns abbringen.

Hartmann kommt zur Definition, Unmöglichkeit sei negative Notwendigkeit folgendermaßen: nach ihm beruht jede Notwendigkeit „auf einem allgemeinen Gesetze, welches sich im gegebenen Falle durch eigene Kraft ohne Zwischenschiebung menschlicher Freiheit zwingend verwirklicht“. [8])

---

[6]) Hartmann, a. a. O., Seite 171 f. Ihm haben sich mit geringen, meist rein-redaktionellen Aenderungen angeschlossen: Wendt, Arch. f. Civ.-Prax., Band 92, Seite 54. Biermann, eodem, Band 91, Seite 73. Krückmann, eodem, Band 101, Seite 60. Binder, Ztschr. f. Handelsr., Band 52, Seite 59. Pakuscher, Anfängliche Unmöglichkeit, Seite 11 f.

[7]) Kleineidam, Unmöglichkeit, Seite 13.

[8]) Hartmann, a. a. O., Seite 171.

Sonach wäre also Unmöglichkeit Negativität eines allgemeinen Gesetzes. Hartmann läßt es unklar, welches Gesetz dies sein könne.

Wir meinen: Eine Leistung ist dann unmöglich, wenn ihrer Bewirkung natürliche, d. h. in unserer menschlichen Erfahrung liegende Gesetze widerstreben. Also nicht der Gegensatz zu einem allgemeinen Gesetze, sondern zu einem jeweils ganz speziellen Gesetze ruft die Unmöglichkeit der Leistungen hervor. Im Anschluß an Hartmann möchten wir den Unmöglichkeitsbegriff folgendermaßen fassen: Unmöglichkeit ist Notwendigkeit des Nichtgeschehens, d. h. Widerspruch zu dem speziellen, natürlichen Gesetze, nachdem sich der Eintritt eines Ereignisses vollziehen soll.

Unserer Ansicht stehen nun einige schwerwiegende Bedenken entgegen, die schon gegen Hartmann's Auffassung vom Unmöglichkeitsbegriff geltend gemacht wurden.

Titze, Kisch und Kleineidam behaupten nämlich, daß der Unmöglichkeitsbegriff auf Billigkeitserwägungen verweist. Sie werfen Hartmann vor, seine Auffassung sei zu streng und zeitige Härten im Resultat. Titze[9]) schließt sich insofern an die Definition Hartmann's, Unmöglichkeit sei negative Notwendigkeit, an, als er betont, daß das Unmögliche das Gegenteil des Notwendigen sei. Im Sinne der Logik hält auch er nur dasjenige für unmöglich, von dem wir auf Grund unserer allgemeinen Kenntnisse und Erfahrungen sagen müssen, es wird notwendig nicht geschehen. Er gibt zu, daß sich der philosophische Begriff der Unmöglichkeit mit dem juristischen insoweit deckt, als logisch Unmögliches natürlich auch juristisch nie möglich sein kann, erblickt aber darin eine Trennung, daß nicht alles logisch Mögliche auch juristisch möglich sei.

---

[9]) Titze, a. a. O., Seite 2.

Den juristischen Unmöglichkeitsbegriff hält er also für den weiteren: „es gehören nämlich zu den unmöglichen Leistungen im Rechtssinn nicht nur diejenigen Leistungen, deren Bewirkung gänzlich ausgeschlossen ist, sondern es müssen darunter auch solche fallen, die an sich zwar prästiert werden können, deren Bewirkung aber ein solches Uebermaß an Opfern erfordert, daß sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden darf".

Titze argumentiert mit § 242 B. G.-B, der besagt: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

Die herrschende Meinung [10]) legt diesen Paragraphen dahin aus, daß er nicht nur dem Schuldner zur Pflicht mache, so zu leisten, wie Treu und Glauben von ihm fordern, sondern daß er ihm auch andererseits einen Schutz vor Anforderungen biete, die billigerweise nicht an ihn gestellt werden dürfen.

An einer langen Reihe von Beispielen, die wir im wesentlichen auch bei Kisch und Kleineidam wiedertreffen, sucht Titze seine Auffassungen des Unmöglichkeitsbegriffs zu verteidigen; so meint er, es sei eine unmögliche Leistung, daß der Mieter nach Ablauf der Mietszeit eine innegehabte Wohnung räume, wenn er selbst oder ein Mitglied seiner Familie schwer krank daniederliege. [11])

Schon vor Titze stand das Reichsgericht auf dem von diesem allerdings erstmalig scharf umrissenen Standpunkt.

---

[10]) So z. B. Oertmann, Kommentar zu § 243, Bem. 3. Emdemann, Lehrbuch, Band I, Seite 339. Dernburg, Bürgerl. Recht, Band II, 1, Seite 24. Stammler, Schuldverhältnisse, Seite 43 ff.

[11]) Titze, a. a. O., Seite 3.

In einem Prozeß eines Kohlenhändlers mit einer Fabrik hat sich der höchste Gerichtshof [12]) folgendermaßen ausgelassen, als der Kohlenhändler sich weigerte zu leisten, weil in dem ihm benachbarten Kohlenrevier gestreikt wurde, und daher die Lieferung der Kohlen für ihn mit außergewöhnlich großen Kosten verbunden gewesen wäre: „Falls der Beklagte die Ansicht vertreten sollte, daß die Erfüllung des Vertrages nur unter Aufwendungen seinerseits möglich gewesen wäre, zu deren Uebernahme er nach Lage der Sache nicht verpflichtet sei, so würde unter Darlegung der Umstände zu erörtern sein, ob von diesem Gesichtspunkte aus Unmöglichkeit der Erfüllung angenommen werden könnte".

In einem ähnlichen Falle, wo der Beklagte sich wegen eines auf seiner Kohlenzeche ausgebrochenen Streiks auf Unmöglichkeit der Erfüllung berief, hat das Oberlandesgericht Braunschweig [13]) auf das Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe noch über eine ausreichende Anzahl Arbeiter verfügt, um den Kläger zu befriedigen, ausgeführt, daß die Produktion der Kohlen trotz der allmählichen Rückkehr eines Teiles der Arbeiter doch so schwach geblieben sei, daß: „— aus wirtschaftlich gebotenen Rücksichten an einen Versand von Kohlen in irgend nennenswertem Umfange nicht zu denken war, indem vor allem auf Beschaffung eines gewissen Vorrats von Kohlen zum Zwecke der Versorgung der unentbehrlichen Wasserhaltungsmaschinen Bedacht genommen werden mußte."

In einem anderen Falle, der der Entscheidung des höchsten Gerichtshofes unterlegen hat [14]), zeigen sich auch recht deutlich die schweren Konsequenzen der Annahme der sogenannten juristischen Fassung des Unmöglichkeits-

---

[12]) Entscheidung, R.-G., Band 28, Seite 224.
[13]) In Seuffert's Archiv Band 47, Nr. 20.
[14]) In Bolze's Praxis Band 5, Nr. 677.

begriffes: Ein Gastwirt hatte sich verpflichtet, seinen gesamten Bierbedarf ausschließlich von einer Brauerei, der Klägerin, jährlich mit mindestens 200 Tonnen zu beziehen, hatte jedoch im ersten Jahre nur 25 Tonnen Bier entnommen, weshalb ihn die Brauerei nach Ablauf des Jahres auf Abnahme von 175 Tonnen verklagte.

Das Reichsgericht hat diese Klage abgewiesen und in den Gründen ausgeführt, „daß nach den tatsächlichen Verhältnissen diese in der Vergangenheit nicht abgenommenen Quantitäten nun nicht auf einmal abgenommen werden könnten, um durch Ausschank verbraucht zu werden, daß vielmehr im Sinne des Vertrages die Bierlieferung unmöglich geworden sei und darum der Klägerin nur noch ein Interesseanspruch zustehe."

Hiergegen wird man jedoch sagen müssen, abnehmen kann die Gastwirtschaft auf jeden Fall, vielleicht nicht verwenden; das kann aber keinen Einfluß auf die Ansprüche der Brauerei üben. Eine Abnahme kann überhaupt nie unmöglich werden, wenn die Leistung noch möglich ist. Die schlimmen wirtschaftlichen Konsequenzen dieser „aus wirtschaftlichen Gründen" geschöpften Entscheidung liegen klar zu Tage; man denke nur daran, daß die Brauerei ihre Produktion nach den vorliegenden Abschlüssen mit Abnehmern einrichten wird. Soll nun die Brauerei den ganzen Schaden tragen? Die rechtlichen Gesichtspunkte [15]) würden sich ändern, wenn der Wirt das Anwesen von der Brauerei unter Zusicherung eines bestimmten Minimalkonsums gekauft hätte; dann wäre er wohl nicht zur Abnahme verpflichtet, aber nicht wegen Unmöglichkeit, sondern wegen Ausfalles der Bedingung.

---

[15]) Worauf Binder in der Zeitschrift f. Handelsr. Band 52, Seite 600 hinweist.

Kisch [16]) teilt im wesentlichen die von uns bekämpfte sogenannte relative Auffassung des Unmöglichkeitsbegriffs und geht sogar noch weiter wie Titze, wenn er behauptet, „daß die Unmöglichkeit sich von der bloßen Schwierigkeit allgemein nicht abgrenzen läßt".

Er erkennt nur quantitative Unterschiede an. Eine Leistung sei im Rechtssinn nicht mehr als möglich zu betrachten, die nur unter äußerster Kraftanstrengung und unter Aufwendung unverhältnismäßiger Mittel noch bewirkt werden kann. Sache der richterlichen Würdigung sei es dann, im einzelnen Falle abzuwägen, inwiefern „nach der Auffassung des Verkehrs und dem vernünftigen Sinn des Vertrags" die absolut noch mögliche Leistung vom Schuldner verlangt werden dürfe. Sein Hinweis [17]) darauf, daß er im Gegensatz zu Titze nicht vage Billigkeitserwägungen, sondern „die Gesamtheit der Umstände" sprechen lassen will, kann uns nicht als Vorteil gegenüber der von ihm angegriffenen Fassung des Unmöglichkeitsbegriffes erscheinen.

Seltsam ist die Stellung Kleineidams in der Unmöglichkeitsfrage. Er erkennt [18]) nur einen, nämlich den logischen Unmöglichkeitsbegriff an, „da der Rechtsbegriff bereits in dem philosophischen enthalten sei. Er rechnet nun aber auch alle die Fälle, die von Titze und seinen Anhängern als unmöglich bezeichnet werden, für Fälle logischer Unmöglichkeit. Kleineidam fordert also auch einen logischen Begriff der Unmöglichkeit, lehnt aber die Formulierung Hartmanns ab. Hartmann definierte ganz scharf, „Unmöglichkeit ist negative Notwendigkeit, Notwendigkeit des Nichtgeschehens."

---

[16]) Kisch, a. a. O. Seite 12 f.

[17]) Kisch, i. d. Bespr. v. Titze i. d. krit. Viertelj.-Schr. Band 44, Seite 509.

[18]) Kleineidam, Streitfragen, Seite 111 ff.

Kleineidams Formulierung des Begriffs der Unmöglichkeit läßt die festen Grenzen vermissen, denn er erblickt als ein dem Leistungsinhalt wesentliches Moment[19]) „die Kraftanstrengung, die entweder gemäß erkennbarer Vereinbarungen oder nach allgemeiner Verkehrsanschauung gefordert wird."

Dadurch, daß er vom Schuldner verlangt, er hafte nicht auf die Leistungen schlechthin, sondern auf „zweckentsprechende Bemühungen", bei deren Erfolglosigkeit erst die Leistung als unmöglich angesehen werden soll, bringt er ein neues Moment in die Streitfrage.

Meines Erachtens trägt dies nur wenig zur Klärung der Sachlage bei und erscheint auch juristisch nicht ganz einwandfrei. Nach § 267 B. G.-B. befreit den Schuldner die Leistung eines Dritten, auch wenn er sich selbst nicht im geringsten auf die Leistung bemüht, während bloße Bemühungen eines Dritten dem Schuldner aber nichts nützen. Wenn Kleineidam seinem Unmöglichkeitsbegriff „als dem logischen" Geltung verschaffen will, können wir ihm darin nicht beipflichten. Er sagt im Grunde ganz dasselbe, was Titze mit dem von ihm juristisch bezeichneten Unmöglichkeitsbegriff ausdrücken will; der Gläubiger kann vom Schuldner nur das verlangen, was diesem billigerweise zugemutet werden kann. Auch nach Kleineidam kommt es im Grunde darauf hinaus, daß der Richter jeweils prüfen muß, ob eine Leistung verlangt werden dürfe oder nicht.

Kleineidams Ausführungen gegenüber berührt die Fassung Titzes dadurch angenehm, daß er scharf formuliert: „Eine Leistung ist im Rechtssinn dann unmöglich, wenn ihrer Bewirkung entweder unüberwindliche Hinder-

---

[19]) Kleineidam, Unmöglichkeit, Seite 14.

nisse entgegenstehen, oder doch wenigstens solche Hindernisse, deren Überwindung den Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann.“ [20])

Abgesehen von Prinziellem, erscheint diese Fassung selbst von Titzes Standpunkt aus darum bedenklich, weil sie im zweiten Teil eine Wiederholung des ersten nur mit anderen Worten bietet; denn wenn einer Leistung unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen, kann sie eben niemals dem Schuldner zugemutet werden.

Die oben angeführten drei Entscheidungen zeigen, wie gefährlich es ist, die Frage, ob eine Leistung sich noch als für den Schuldner möglich darstellt oder nicht durch ganz unkontrollierbare, rein gefühlsmäßige Momente entscheiden zu lassen. Die Forderung Titzes, [21]) daß nur dann, wenn der Schuldner von vornherein die Opfer kennt, ohne die ihm Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht möglich ist, der Unmöglichkeitseinwand nicht erhoben werden dürfe, würde ganz unberechenbare Konsequenzen zeitigen.

Titze führt für seine Auffassung des Unmöglichkeitsbegriffs „Billigkeitserwägungen“ ins Feld. Auf den ersten Blick zeigt sich schon, daß diese Billigkeitserwägungen ein recht unbilliges Resultat zeitigen müssen, da nur, wenn dem Schuldner billigerweise die Erfüllung nicht zugemutet werden kann, die Leistung als unmöglich angesehen werden soll. [22]) Hierbei ist doch zu bedenken, daß der Gläubiger einen gewaltigen Schaden erleiden kann, daß z. B. im oben mitgeteilten Falle des Kohlenhändlers den Fabrikanten großer Verlust trifft, daß er entweder

---

[20]) So Titze, a. a. O. Seite 9; i. gl. Sinne Kuhlenbeck-Staudinger, Komment. Vorb. § 275 5a 8; Oertmann, Komment. Vorb. §§ 275/83, 3a; Fischer, Festschr. f. v. Amsberg Seite 5; Windscheid-Kipp, Band 2, Seite 97; Crone, System Band 2. § 145; Jagielski a. a. O. Seite 8

[21]) Titze a. a. O Seite 7.

[22]) In ähnlichem Sinne Pakuscher a. a. O. Seite 11 ff.

den Betrieb ruhen lassen oder sich selbst von fern her Kohlen verschreiben muß. Der Verlust wäre für den Kohlenhändler schon deshalb nicht gar so unbillig gewesen weil sein ständiger Unternehmergewinn eine Risikoprämie für solche außergewöhnliche Zufälle in sich schloß.

Eine allgemeine Annahme des von Titze formulierten Unmöglichkeitsbegriffes würde unabsehbare Konsequenzen zeitigen; schließlich könnte sich, worauf Binder[23]) hinweist, jeder Börsenspekulant bei verfehlter Spekulation auf Unmöglichkeit der Leistung berufen, zum mindesten dann, wenn ihn die Leistung ruinieren würde.

Die angeführten Beispiele zeigen, daß die auf „Billigkeitserwägungen" aufgebaute Formulierung Titzes, Kisch's und Kleineidams im Resultat unbillig ist.

Wenn wir auf den tieferen Grund gehen, kann uns dies nicht wunderbar erscheinen. Nur dann, wenn dem Schuldner billigerweise die Leistung nicht zugemutet werden kann, soll der Vertrag nichtig sein. Darin liegt ein Widerspruch in sich selbst. „Verweist man nämlich darauf, daß etwas so oder so recht und billig sei, soll dies sagen, daß jenes nicht nur nach gesetztem, sondern auch nach richtigem Recht wohlbegründet liege".[24])

Der Gedanke vom richtigen Rechte weist auf die Gemeinschaft frei wollender Menschen als letzten Endzweck hin. Stammler hat den Gedanken des sozialen Ideals für die juristische Praxis anwendbar gemacht und so für die Anwendung von Billigkeitserwägungen eine gesicherte Methode geschaffen.

---

[23]) Binder, a. a. O., Seite 600

[24]) Vgl. hierzu Stammler die Lehre von dem richtigen Rechte, Seite 373 ff.

Wir schließen uns ihm im Folgenden an: In dem gedanklichen Inhalte des sozialen Ideals liegt eine zweifache Gedankenrichtung: Nach einer Seite hin sollen Einzelziele verfolgt werden, nach der anderen Seite wird ein Zusammenwirken erstrebt. „In der ersteren Hinsicht kann der Einzelne von dem Anderen verlangen, daß er von ihnen bei dieser Zielverfolgung geachtet werde, wie auch er andererseits die Übrigen bei ihrer Betätigung entsprechend zu achten hat; in der zweiten Hinsicht kann der Einzelne von dem Anderen verlangen, daß er von der Teilnahme am sozialen Leben nicht ausgeschlossen werde, wie auch er von dieser Teilnahme niemanden ausschließen darf.“ [25])

Wenn wir dies auf die Titzesche Unmöglichkeitstheorie anwenden, so ist zu konstatieren, daß von dieser der Gläubiger von der Teilnahme am sozialen Leben ausgeschlossen ist. Denn dadurch, daß Titze eine Leistung schon dann für unmöglich erklärt, wenn sie billigerweise den Schuldner nicht zugemutet werden kann, wird ein Rechtlich-Verbundener, der Gläubiger nämlich, von der Gemeinschaft ausgeschlossen.

Wir sehen somit, die von Titze und seinen Anhängern für ihre Auffassungen ins Feld geführte Argumentation, allein ihre Formulierung des Unmöglichkeitsbegriffs entspreche der Billigkeit, ist unzutreffend, ja besagt eigentlich gerade das Gegenteil der Wirklichkeit.

Gegen unsere Auffassung müssen wir aus der Unmöglichkeitsliteratur noch einen weiteren Einwand bekämpfen, der schon gegen die Stellung Hartmanns erhoben wurde: sie zeitige Härten im Resultat.

---

[25]) So Krahmer, R. Stammlers Sozialphilosophie, Seite 28; im Einzelnen vergl. Stammler, richtiges Recht, Seite 204. ff.

Dem ist jedoch zu entgegnen: Wir lehnen es ab, in den Begriff der Unmöglichkeit Billigkeitserwägungen aufzunehmen, da wir unsere Betrachtungen nur im Rahmen der Rechtsordnung anstellen und vergeblich danach suchen, daß uns bei der Unmöglichkeitslehre die Rechtsordnung auf Billigkeitserwägungen verweist.

Das Gesetz hat zwei Mittel, um seinem Willen Form zu geben; entweder es kleidet seine Vorschriften in streng umrissene Rechtssätze, oder es verweist den Richter darauf, jeweils selbst zu suchen, welche Rechtsnorm gerade im Einzelfalle das grundsätzlich Richtige bietet.

Wo das Gesetz aber selbst nicht darauf verweist, kann von einem Eingreifen von Billigkeitserwägungen keine Rede sein.[26])

Da bei der Regelung der Unmöglichkeit der Leistung das Gesetz nicht auf Billigkeitserwägungen verweist, müssen wir es ablehnen, in den Begriff der Unmöglichkeit solche aufzunehmen.

Trotzdem bleiben uns die Vorschriften des § 138 Abs. 1, B. G.-B. „Ein Vertrag, der gegen die guten Sitten rerstößt, ist nichtig," und für die Auslegung die Vorschrift des § 157 B. G.-B. „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Wird nun eine Leistung unmöglich, so wird der Schuldner frei, nicht nach Treu und Glauben, sondern auf Grund der klaren Vorschrift des § 306 B. G.-B. Liegt aber keine Unmöglichkeit, ja nicht einmal Unvermögen vor, kann trotzdem das Verlangen einer Leistung gegen Treu und Glauben verstoßen. Hier greift dann die richterliche Würdigung ein, die sich im Rahmen der oben bei Widerlegung der Billigkeitserwägungen Titze's gestreiften Grundsätze bewegen muß.

---

[26]) So Stammler, richt. Recht. Seite 12 ff. Hein, Verltg. z. Vertragsbruch, Seite 3. Staffel, in Jherings Jahrb. Band 50, Seite 322.

Somit ist auch der weitere mögliche Einwand, unsere Auffassung von der Unmöglichkeit zeitige Härten im Resultat, nicht stichhaltig, da diese Härten durch die Auslegung beseitigt werden. Ein Beispiel zeigt dies klar: Ein 70jähriger Mann verpflichtet sich, 10 Glas Bier innerhalb einer Stunde auszutrinken. Nach Titze und seinen Anhängern ist diese Leistung unmöglich; wir meinen, die Leistung ist wohl möglich, ein solcher Vertrag verstößt jedoch gegen die guten Sitten.

Wir sehen also: Durch Auslegung ist festzustellen, was geleistet werden soll; hierbei kommen Billigkeitserwägungen, Fragen nach Treu und Glauben, zur Anwendung, im Begriff der Unmöglichkeit der Leistung haben diese jedoch keine Stelle, dieser ist immer nach jus strictum zu beurteilen.

Den klarsten Beweis für die Richtigkeit unserer Auffassung bietet die Rechtsordnung selbst. Dies zeigen deutlich die Vorschriften der Zivilprozeß-Ordnung. Diese nimmt durch ihre §§ 811 ff, 850 dem Schuldner alles, was er nicht gerade zum notdürftigsten Lebensunterhalt braucht. Sie fragt nicht danach, ob dem Schuldner billigerweise dies oder jenes zu leisten zugemutet werden könne, sondern verlangt eine Haftung mit allem, was der Schuldner zu leisten im Stande ist, mit Ausnahme der geringen, durch sozialpolitische Rücksichten gebotenen Besonderheiten der §§ 811 ff, 850 In diesen Paragraphen findet sich jedoch keine Verweisung auf Billigkeitsrücksichten, die etwa die Leistungspflicht umgrenzen sollten, sondern das Gesetz sagt mit klaren Worten, was jeweils von der Zwangsvollstreckung ausgenommen sein soll.

Wir sehen also, daß der Schuldner grundsätzlich für jede Verbindlichkeit mit seinem ganzen Vermögen haftet, bis zu seinem und seiner ganzen Familie völligen Ruin

mit Hintansetzung aller privater und öffentlicher, auch der höchsten Interessen hinter das egoistische Interesse des Gläubigers.“ [27])

Hieraus ergibt sich, die Rechtsordnung bietet keinerlei Hinweis darauf, daß im Begriff der Unmöglichkeit der Leistungen Billigkeitserwägungen eine Stelle haben, sondern zeigt eine der unseren gleiche, strenge Auffassung über die Unmöglichkeitsfrage.

Wir sehen also, daß die von uns oben angenommene philosophische Fassung des Unmöglichkeitsbegriffes auch für juristische Betrachtung Anwendung finden kann, daß sich also der philosophische und der juristische Begriff der Unmöglichkeit decken.

Abgesehen von den bereits erörterten Gründen für unsere Auffassung des Unmöglichkeitsbegriffs wird noch die unten näher zu besprechende Tatsache, daß nur sie, die für unser Recht so wichtige Scheidung der objektiven von der subjektiven Seite der Unmöglichkeit klar treffen läßt, ein weiteres Argument für die Annahme unserer Fassung sein.

[27]) Binder a. a. O. Seite 601.

§ 3.

Objektive und subjektive Unmöglichkeit.

Im Folgenden soll von der Abgrenzung der objektiven gegenüber der subjektiven Unmöglichkeit die Rede sein. Das Gesetzbuch nennt diese Unvermögen, jene Unmöglichkeit.

Vorweg sei bemerkt, daß die in Rede stehende Scheidung kein Widerspruch mit der Einheit im Begriff der Unmöglichkeit ist, sondern lediglich eine innere Teilung des ganzen Begriffs bedeutet. Von einer logischen Berechtigung der Scheidung in objektive und subjektive Unmöglichkeit kann nicht gesprochen werden, es ist lediglich eine rein praktische Maßnahme, die wir wohl am besten als eine verschiedene Anwendung einer und derselben Denkmethode charakterisieren.[1])

Die in Rede stehende innere Scheidung hat unser Bürgerliches Gesetzbuch aus dem gemeinen Recht übernommen.[2])

Grundlegend hierfür war L. 137 §§ 4,5 D 45,1, wo Venulejus die subjektive Unmöglichkeit als eine facultas dandi bezeichnet, und sagte, ihr Kennzeichen sei, daß die Leistung nur für den Schuldner, nicht aber für andere unmöglich sei. An seinen Beispielen: Die Leistung einer Geldsumme, welche der Schuldner selbst nicht hat und auch nicht geliehen bekommt, ebenso die Leistung eines versprochenen aber noch in fremdem Eigentum befindlichen Sklaven, den dessen Herr nicht verkaufen will, hat

[1]) So Krahmer, gegens. Vertr., Seite 42.

[2]) vgl. z. B. Windscheid, Pandekten, Band 2 § 264. Anm. 1, Mommsen, Unmöglichkeit, Seite 13, Eisele, Kompensation, Seite 237, Lenel, in Jherings Jahrbüchern Band 19, Seite 235.

er Typen für subjektive Unmöglichkeit der Leistung ge schaffen, die wir heute noch als solche in unseren Lehrbüchern finden. [3]) Venulejus bezeichnet die objektive Unmöglichkeit an der zitierten Stelle als „impedimentum naturale"; in ähnlichem Sinn Ulpian „si per rerum naturam stetit" (L. 16, § 3 D. 13,5) und mit Beziehung auf obligationes faciendi Paulus L. 35 principio D. 45,1 „quod natura fieri non concedit."

So klar diese Scheidung des gemeinen Rechtes war, hat sie sich doch nicht ständig behaupten können. Nach Savignys [4]) Vorgang hat Mommsen [5]) die Scheidung folgendermaßen formuliert: „Objektive Unmöglichkeit sei solche, die ihren Grund in dem Gegenstande der Obligation an sich habe, subjektive solche, deren Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners, oder in dessen Verhältnis zu dem Gegenstande der Obligation liege." Diese Formulierung ist bei Mommsen umso auffallender, als dieser, wie oben festgestellt, einen besonderen juristischen Begriff der Unmöglichkeit annehmen will, diesen Umstand aber bei der inneren Teilung der Unmöglichkeit ganz außer Betracht läßt.

Wenn man nämlich den von uns bekämpften Standpunkt in der Unmöglichkeitsfrage einnehmen will, muß eine Scheidung der objektiven von der subjektiven Unmöglichkeit große Schwierigkeiten bereiten. In der von Titze [6]) am schärfsten präzisierten Definition, nach der Unmöglichkeit dann schon vorliegt, wenn eine Leistung dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann, liegt schon ein stark subjektives Moment.

---

[3]) So z. B. Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. zu §§ 275/83, 3/6; Staudinger, Kommentar, Band II, Vorbem. zu §§ 275/80, 5/6; Titze, Anm. Seite 61.

[4]) Savigny: Obligationenrecht, Band I, Seite 384.

[5]) Mommsen: Beiträge, Unmöglichkeit, Seite 5.

[6]) Titze, a. a. O., Seite 9.

Für die Anhänger dieser Lehre kann es sich streng genommen garnicht um eine Abgrenzung der subjektiven von der objektiven Unmöglichkeit handeln, sondern lediglich um eine stärkere oder geringere Betonung des Subjektiven im Begriffe der Unmöglichkeit überhaupt. Hierdurch kann natürlich keine scharfe Festlegung dieser für unser Recht so wichtigen Scheidung getroffen werden, deren Bedeutung, rein äußerlich genommen, unser Bürgerliches Gesetzbuch schon durch die Einführung der Terminologie: Unmöglichkeit, — objektive Unmöglichkeit, Unvermögen — snbjektive Unmöglichkeit Ausdruck gibt.

Die Anhänger der heute, wie oben gezeigt, auch vom Reichsgericht geteilten Auffassung sind sich dieser Schwierigkeit wohl bewußt. [7])

Kisch [8]) warnt davor, daß bloße Schwierigkeit der Leistung, hohe Geldopfer usw. schon als Grund für Unmöglichkeit angesehen werden. Sein Hinweis darauf, daß „die Leistungsfähigkeit, nicht der Leistungswille" des Schuldners maßgebend sein müsse, trägt jedoch wenig zur glatten Lösung dieser Schwierigkeit bei. Fischer [9]) geht sogar so weit, für die Beseitigung der in Rede stehenden Unterscheidung einzutreten, weil er erkennt, daß ein falsches Setzen der so wichtigen Grenze leicht verhängnisvoll werden könne. Oertmann [10]) macht die Schwierigkeit der Abgrenzung der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit Bedenken für die Annahme einer sogenannten speziell juristischen Fassung des Begriffs der Unmöglichkeit überhaupt. Er zerstreut sie schließlich dahin, daß

[7]) Titze, a. a. O., Seite 4; Kisch, a. a. O., Seite 13; Oertmann a. a. O., Vorbemerk. §§ 275—283, 3a.

[8]) Kisch, Seite 12. f.

[9]) Fischer, Rostocker Festschrift für v. Amsberg Seite 10 ff., insbesondere Seite 18.

[10]) Oertmann, a. a. O., Vorbem. 275, 83, 3a. B.

dies kein „entscheidender Grund bei einem Gesetzbuche sein könne, das auch sonst mit vollem Bewußtsein die Unsicherheiten individualisierender Betrachtungsweise den Härten einer schematisch festen Regel vorzuziehen pflegt". Wir haben im ersten Kapitel darauf hingewiesen, daß bei diesen begrifflichen Fragen individuelle Momente keine Stelle haben, Härten jedoch durch Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben vermieden werden. Bei der Abgrenzung der objektiven von der subjektiven Unmöglichkeit im Speziellen gehen die Formulierungen der einzelnen Autoren weit von einander ab. So wollen Biermann [11]) und Fischer [12]) Unvermögen des Schuldners nicht nur dann für vorliegend erachten, wenn nur gerade der Schuldner infolge besonderer Umstände nicht leisten kann, während ein anderer dazu fähig wäre, sondern fordern, ein an Stelle des Schuldners in seine allgemeine typische Leistungslage versetzt gedachter Anderer müßte dazu fähig sein, da die Unmöglichkeit offenbar nicht dadurch ausgeschlossen werden könne, daß ein Dritter an ganz anderem Ort zu ganz anderer Zeit zu erfüllen imstande gewesen wäre.

Jagielski [13]) hat neuerdings darauf hingewiesen, daß man von den Gründen, die die Unmöglichkeit der Leistung hervorrufen, ausgehen müsse. Er hat die Titzesche Fassung des Unmöglichkeitsbegriffs als Unmöglichkeit im engeren Sinne angenommen. Das Unvermögen erachtet er dann für vorliegend [14]), „wenn das Nichtleistenkönnen des Schuldners seinen Grund darin hat, daß es ihm an

[11]) Biermann, Arch. Ziv. Pr. Band 91. Seite 75 ff.
[12]) Fischer, a. a. O. Seite 13.
[13]) Jagielski, a. a. O., Seite 26.
[14]) im gl. Sinne: Titze, a. a. O., Seite 51; Oertmann, a. a. O., Seite 81, Crone a. a. O., Seite 34.

der zur Bewirkung der Leistung erforderlichen tatsächlichen oder rechtlichen Beziehung zum Leistungsgegenstande oder an beiden, sowohl tatsächlichen, wie rechtlichen Beziehungen fehlt."

Diese Formulierung erscheint uns aus dem Grunde nicht ganz glücklich, weil sie einen Gegensatz zur Unmöglichkeit, von der doch abgegrenzt werden soll, vermissen läßt. Wir können uns ihr deshalb nicht anschließen. Brauchbar erscheint uns der Gedanke, die Scheidung der objektiven von der subjektiven Unmöglichkeit durch Zurückgehen auf die Gründe, die sie gezeitigt hatten, festzustellen.

Wir haben im 1. Paragraphen den Begriff der Unmöglichkeit der Leistung dahin formuliert: Unmöglichkeit der Leistung liegt dann vor, wenn deren Bewirkung in Widerspruch mit den speziellen natürlichen Gesetzen steht, nach denen sich ihr Eintritt vollziehen soll. Auch wir hatten also in den Gründen das Kriterium für Vorliegen von Unmöglichkeit der Leistung gesucht.

Wenn wir in diesem Gedankengange fortfahren, ergibt sich die Scheidung der objektiven von der subjektiven Unmöglichkeit ohne Schwierigkeit.

Objektive Unmöglichkeit, (also „Unmöglichkeit" nach Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches) liegt sonach dann vor, wenn der Eintritt eines Ereignisses überhaupt in Widerspruch zu den speziellen Gesetzen steht nach denen er erfolgen soll; subjektive Unmöglichkeit („Unvermögen" nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches) liegt dann vor, wenn die speziellen Gesetze widerstreben, daß gerade von der Person des Schuldners die in obligatione stehende Leistung ausgeführt werde.

Beispiele sollen dies erläutern: Daß jemand drei Stunden auf dem Kopfe steht, ist objektiv unmöglich, denn die Gesetze, nach denen unsere Blutzirkulation vor sich

geht, widerstreben dem, daß das Gehirn drei Stunden lang dem Blutandrang standhält. Schon nach nicht allzu langer Zeit wird regelmäßig eine Ohnmacht eintreten, der Betreffende wird umsinken. Die Gesetze, nach denen der menschliche Körper arbeitet, lassen Derartiges nicht zu, eine solche Leistung ist daher unmöglich. Als weiteres Beispiel sei angeführt: ein der französischen Sprache unkundiger Mann verpflichtet sich als französischer Korrespondent in einem größeren Geschäft. Bald stellt sich seine Unfähigkeit zu diesem Posten heraus. Die Voraussetzungen zu der von ihm geforderten Leistung, nämlich eine Übung, durch die nur eine fremde Sprache zu beherrschen ist, fehlen für ihn. Die in Rede stehende Leistung ist an sich wohl möglich, aber nicht für den in unserem Falle verpflichteten; also Unvermögen.

Der vielfach in der Literatur besprochene Fall[15]: jemand verkauft eine gestohlene, noch in fremdem Eigentum stehende Sache, findet durch unsere Fassung eine glatte Lösung. Der Verkauf der betreffenden Sache, — sei sie auch nur einmal überhaupt vorhanden — ist an sich möglich, aber die speziellen Gesetze, nach denen ein Eigentumserwerb an gestohlenen Sachen ausgeschlossen ist, widerstreben dem, daß der Käufer im angenommenen Falle Eigentümer wird. Die Eigentumsübertragung an der jetzt gestohlenen Sache ist an sich wohl möglich — wenn sie nämlich vom rechtmäßigen Eigentümer erfolgte — im gedachten Falle ist sie jedoch für den Verpflichteten subjektiv unmöglich.[16])

[15]) Siehe Anmerkung 3 dieses Paragraphen.

[16]) Wir treffen uns mit unserer Formulierung im Resultat mit der Fassung von Dernburg, Bürgerl. Recht, Band II. 1, § 139, Schollmeyer, Komment., Vorbem. zu §§ 275—283 Ziffer 2, und Binder, a. a. O. Seite 599, die dahin präzisieren: Objektive Unmöglichkeit ist Nichtleistenkönnen für jedermann, subjektive Unmöglichkeit Nichtleistenkönnen nur für den Schuldner.

Versteht man sonach unter einer objektiv unmöglichen Leistung nur eine solche, die auch kein dritter bewirken kann, so entfallen alle persönlichen Umstände, die es dem Schuldner unmöglich machen zu leisten, während ein Dritter leisten könnte. Eine scharfe Scheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ist hiernach leicht zu treffen.

§ 4.

Ursprüngliche Unmöglichkeit.

Schon oben haben wir hervorgehoben, daß wir unsere Spezialausführungen auf die ursprüngliche Unmöglichkeit beschränken wollen.[1]) Auch sie bildet als Gegensatz zur nachfolgenden Unmöglichkeit keine Durchbrechung der Einheit des Unmöglichkeitsbegriffs, sondern die verschiedene Bezeichnung hat lediglich in dem Zeitverhältnis des Eintritts der sie erzeugenden Tatsachen seinen Grund.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch hat die Unterscheidung der ursprünglichen und nachträglichen Unmöglichkeit aus dem gemeinen Recht herübergenommen.

Maßgebend für die Entscheidung, ob die eine oder die andere vorliegt, ist ein zeitliches Moment.

[1]) S. o. Seite 2.

Bürgerliches Gesetzbuch § 306 sagt: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.“ Das Gesetz läßt also den Zeitpunkt der Erfüllung einer Verbindlichkeit gänzlich außer Betracht und beurteilt das Vorliegen von ursprünglicher oder nachfolgender lediglich nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Es fragt nicht danach, wann die Leistung bewirkt werden soll und ob sie evtl. vor der Erfüllung noch möglich wird. Also nur, wenn eine Obligation auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, soll Nichtigkeit eintreten. Infolgedessen muß die Unmöglichkeit in dem Zeitpunkte vorhanden gewesen sein, da der zur Begründung der Leistungspflicht erforderliche Tatbestand verwirklicht wurde.[2])

Zweifel können beim Vorliegen von Bedingungen entstehen. Da wir festgestellt haben, daß lediglich der Zeitpunkt des Entstehens einer Verbindlichkeit für Beurteilung des Eintritts der Unmöglichkeit maßgebend ist, werden wir bei suspensiv bedingten Schuldverhältnissen, falls die Erfüllung nach dem Entstehen, doch vor Eintritt der Bedingung unmöglich wird, nachträgliche, nicht ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung annehmen müssen.[3])

Titze[4]) macht auf Schwierigkeiten aufmerksam, die leicht bei der Abgrenzung der nachfolgenden von der ursprünglichen Unmöglichkeit vorliegen können, da der für sie allein maßgebende Zeitpunkt meist ein so unbedeutender Faktor im Rechtsverkehr ist, daß er sich hinterher oft schwer wird feststellen lassen. Die von Titze als Beleg gebrachten Beispiele zeigen aber deutlich, wie selten dieser Übelstand relevant werden wird, sodaß wir uns selbst bei einer Betrachtung de lege ferenda seinem Vorschlag für gänzliche Beseitigung der Unterscheidung nicht anschließen können.

[2]) Cosack, Bürgerl. Recht Band I, Seite 338.
[3]) So Mommsen, Beiträge: Unmöglichkeit Seite 1, Titze a. a. O. Seite 53 f.
[4]) Titze, a. a. O. Seite 54 ff, Seite 237 ff.

§ 5.

Rechtliche Behandlung der ursprünglichen Unmöglichkeit bei Verträgen.

Wir wollen unsere Spezialbetrachtung auf die rechtliche Behandlung der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit der Leistung bei einseitigen Schuldverhältnissen beschränken.

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, daß sich hierfür keinerlei gesetzliche Unterlagen bieten. Wir werden unsere Untersuchung in der Weise führen, daß wir auf die für die Verträge getroffenen Bestimmungen über ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistungen zurückgreifen und unsere Betrachtung in der Richtung anstellen, ob wir für unser Spezialgebiet eine analoge Anwendung annehmen können oder eine abweichende Behandlung feststellen müssen.

Daher erscheint eine vorgehende kurze Erörterung der rechtlichen Behandlung der ursprünglichen Unmöglichkeit bei Verträgen am Platze.

Bürgerliches Gesetzbuch § 306 sagt, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist. Es entsteht die Frage, ob diese Nichtigkeit bei Vorliegen objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit oder von beiden eintreten soll. Erwägen wir den Grund, weshalb das Recht die Wirkung der Nichtigkeit an die Unmöglichkeit knüpft.

Die Nichtigkeit eines Vertrages ist eine logische Folge davon, daß eine unmögliche Leistung nicht erfüllt werden kann.

Denn wenn dem Eintritt einer Tatsache die Gesetze widerstreben, nach denen dieser Eintritt geschehen soll, wäre es natürlich widersinnig, eine solche Leistung zum Gegenstande eines Vertrages zu machen.

Dies scheint der Grund, und zwar der einzige Grund dafür zu sein, daß das Gesetz der Unmöglichkeit der Leistung Nichtigkeit des Vertrages folgen läßt.

Schon die römischen Juristen begründeten aus der naturalis ratio, d. h. aus der Rechts-Logik, daß eine unmögliche Leistung nicht Gegenstand eines Vertrages sein könne; L. 139, D. 44,7 sagt Gajus: „Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est, naturali ratione inutilem esse stipulationem."

Ferner sagt Celsus L. 185, D. 50, 17 mit klaren Worten: „impossibilium nulla est obligatio" und hat hierdurch die Stellung der gemeinrechtlichen Literatur zur in Rede stehenden Frage bestimmt. Im gleichen Sinn lassen sich Paulus (eodem L. 182) und Ulpian (eodem L. 31) aus: „Quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere." „Quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit".

Im gemeinen Recht wurde der Leitsatz der Unmöglichkeitslehre „impossibilum nulla est obligatio" viel erörtert. Brinz [1]) meint: es liege darin nicht nur der Rechtssatz ausgesprochen, „daß der Kontrakt oder die Obligation nichtig sei, sondern es sei auch der Sinn denkbar, daß es nur eine Verpfichtung zu Unmöglichem als solchem nicht gebe."

Wir meinen mit Hartmann [2]), daß dieser Sinn nicht blos denkbar, sondern sogar der einzig mögliche ist.

Daß es sich dabei nur um solche Leistungen handeln kann, die für jedermann unmöglich sind, deren Bewirkung also Gesetze entgegenstehen, die die Leistung überhaupt ausschließen, liegt klar zu Tage.

[1]) Brinz, in der kritischen Ueberschau, Band 5, (1887), „die Prästation unmöglicher Leistungen", Seite 288.

[2]) Hartmann, a. a. O., Seite 173.

Wir werden füglich nur von der objektiven Unmöglichkeit der Leistung sagen müssen, daß sie Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehe.

Da nach Mommsens Vorgang, wie oben dargelegt, die herrschende Meinung einen speziell juristischen Unmöglichkeitsbegriff formulieren will, der von allem anderen, was Unmöglichkeit verursachen könne, losgelöst sein soll, kann es nicht wunderbar erscheinen, daß der enge Zusammenhang von Unmöglichkeit der Leistung und Nichtigkeit des Vertrages so selten erkannt wird, ja, daß Titze [3]) sogar dazu kommt, ihn völlig verneinen zu wollen.

Die Frage nach den Folgen der Unmöglichkeit der Leistung, die Gegenstand eines Vertrages ist, tritt in der Literatur meist in den Vordergrund [4]), während sie doch vielmehr hätte sekundär sein müssen hinter der, ob Unmöglichkeit für den Gesetzgeber ein hinreichender Grund sei, einen Vertrag als nichtig zu behandeln

Klar und deutlich sprechen sich die Motive [5]) über diese Frage aus: „in Ermangelung der Möglichkeit der Leistung fehlt es dem Vertrage am Gegenstande, impossibilium nulla est obligatio. Verstanden ist die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen".

---

[3]) Titze a. a. O., Seite 238 ff, insbes. Seite 241.

[4]) So z. B. Kipp - Windscheid. Band II, Seite 86. Dernburg, Pandekten. Band II, Seite 45. Dernburg, Bürgerliches Recht. Band II, Seite 128. Oertmann, Kommentar. Bemerkung zu §§ 275/83 und zu § 306.

[5]) Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II, Seite 176.

Diese Meinung ist heute die herrschende.[6]) Nicht nur die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches, nach der eine dem zitierten Wortlaut dem Motive entsprechende Vorschrift des ersten Entwurfs § 348 später als selbstverständlich gestrichen wurde, wie die Protokolle Seite 455 berichten, sondern auch der Wortlaut des Gesetzes sprechen dafür.

Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet, wie oben bereits erwähnt ist, streng zwischen dem Ausdruck, Unmöglichkeit — objektive Unmöglichkeit und Unvermögen — subjektive Unmöglichkeit (siehe § 275). Wenn nun § 306 nur bei einer unmöglichen Leistung von Nichtigkeit spricht, werden wir durch ein sicheres Argumentum e contrario schließen können, daß bei Vorliegen von Unvermögen keine Nichtigkeit eintreten soll.

Gestützt wird diese Ansicht durch Motive Band II, Seite 177, wo es klar heißt: „ein Vertrag, bei dem der Schuldner ursprünglich unvermögend zur Leistung ist, ist gültig". Als Beleg aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche

---

[6]) So auch das Reichsgericht in Seufferts Archiv. Band 49, Seite 12. In der juristischen Wochenschrift, Band 39, Seite 172. O. L. G. Hamburg in Seufferts Archiv. Band 56, Seite 439. O. L. G. Stuttgart, eodem. Band 72, Seite 112. Crome, System. Band II, Seite 160. Cosack, Schuldverh. Band I, Seite 339. Plank, Kommentar, Bem. z. 306, Ziff. 3. Oertmann, Vorbem. z. § 306, 1b. Enneccerus-Lehmann, Lehrb. Seite 439. Windscheid-Kipp. Band II, § 264, Ziff. 1 und § 315, Ziff. 1. Schollmeyer, Kommentar, Bem. zu § 306, Ziff. 1. Sieber, Rechtszwang. § 64. — Unter den Dissentienten besonders Stammler, Schuldverh., Seite 107, wo die Fälle der subjektiven denen der objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt sind. Wie dem Verfasser aus der Vorlesung bekannt ist, hat sich Stammler jedoch jetzt der herrschenden Meinung angeschlossen. § 306 für beide Fälle der Unmöglichkeit will Krahmer (gegens. Verträge, Seite 44) anwenden. Er läßt „das Bedenkliche, der Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unvermögen" für seine Ansicht sprechen.

selbst hierfür sei [7]) die Vorschrift des § 434 angeführt, nach der der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Trotzdem also vielleicht der Verkäufer garnicht verfügungsberechtigt über den verkauften Gegenstand ist, für ihn also gar keine Möglichkeit besteht, den Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, legt ihm trotzdem das Gesetz eine dahingehende Verpflichtung auf. Diese Vorschrift bildet jedoch keineswegs eine Sonderegel, sondern ist lediglich Ausfluß eines das Gesetz beherrschenden Prinzips. So sagt z. B. Bürgerliches Gesetzbuch § 437: der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes. Oft wird eine verkaufte Forderung oder ein solches Recht gar nicht vorhanden sein.

Wir werden jedoch aus dem Gesetz in solchen Fällen ein stillschweigendes Garantieversprechen [8]) entnehmen müssen.

Wer sich zu einer Leistung — die objektiv möglich ist — verpflichtet, ruft beim Gegner Vertrauen auf seine persönliche Fähigkeit zu dieser Leistung hervor; es muß somit als gerechtfertigt erscheinen, wenn das Gesetz ihn dann auch für die Leistung einstehen läßt [9]).

Es liegt somit in allen Verträgen eine stillschweigende Garantie der Erfüllung, es sei denn, die Erfüllung sei objektiv unmöglich.

Wir haben oben in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre festgestellt, daß Vorliegen subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit keinen Einfluß auf die Gültig-

[7]) Worauf Oertmann, Bem. z. § 306, 1b hinweist.

[8]) Ebenso in den Fällen der §§ 445, 459,2, 493 Bürgerl. Gesetzbuch.

[9]) In gleichem Sinne Kisch in Kr.-V.-J.-Schr. Band 44 Seite 551, bei der Besprechung von Titze.

keit des Vertrages ausübt. Notwendige Folge davon ist, daß auch die Haftung des Schuldners durch sie in keiner Weise berührt wird.

Gegenüber dieser klaren Tatsache befremdet die Ansicht Titzes[10]), die den Vertrag für gültig ansieht, aber auf ihn die Regeln der §§ 275 ff. über das nachfolgende Unvermögen anwenden will. Sonach wäre also bei Gattungsschulden der Schuldner zur Haftung auf das Erfüllungsinteresse verpflichtet, brauchte aber bei Speziesschulden, falls ihn kein Verschulden trifft, garnicht zu haften. Für eine analoge Anwendung der Vorschriften über nachfolgendes Unvermögen auf das ursprüngliche Unvermögen bietet sich keinerlei gesetzliche Handhabe, die für Annahme der Titzeschen Ansicht sprechen könnte. Für Annahme einer solchen außergewöhnlichen Regelung, nach der ein gültiger Vertrag unter Umständen zu keiner Haftung verpflichtet, muß man eine Gesetzesbestimmung als erste Voraussetzung fordern. Wir können uns somit der Ansicht Titzes nicht anschließen.

Bei Vorliegen ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit der Leistung für den Schuldner müssen wir dem Gläubiger, da der Vertrag ja gültig ist, eine Klage auf die Leistung, bezüglich sein Interesse an deren Erfüllung zubilligen. Ist die Erfüllung des Vertrages objektiv unmöglich, ist der Vertrag nach § 306 Bürgerliches Gesetzbuch nichtig.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft gilt für das Rechtsleben keineswegs als nicht bestehend. Der Vergleich desselben[11]) mit einer Totgeburt ist deshalb mehr als hinkend. Selbstverständlich verleiht die Rechtsordnung einem nichtigen Vertrage nicht die Rechtsfolgen, die aus einem Geschäfte entstehen würden, wenn es gültig wäre.

---

[10]) Titze, a. a. O. Seite 247 ff.; insbes. 251; und ders. in K. R. V. J. Schr. Band 45, Seite 361.

[11]) So Endemann, Bürgerl. Recht, Band 1, Seite 368.

Aber die Tatsache, daß die Parteien im Rechtsverkehr tätig geworden sind, kann das Recht nicht völlig ignorieren. So knüpft das Bürgerliche Gesetzbuch in § 307 trotz Nichtigkeit des Vertrages an denselben für den Teil, der die Unmöglichkeit der Leistung, (also Nichtigkeit des Vertrages) kannte, die Folge, daß er dem Gegner auf das negative Vertragsinteresse hafte.

Die Nichtigkeit eines Vertrages ist vom Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen. Sie haftet dem Vertrage als unverwischbares Kennzeichen an. Im Anschluß an den Satz des Corpus juris: „quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“[12]) steht auch das Bürgerliche Gesetzbuch auf den Standpunkt, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft für immer nichtig bleibt.

Die Vorschrift des § 141 Abs. 1 Bürgerl. Gesetzbuch zeigt, daß unser Gesetz auf dem Standpunkt grundsätzlicher Unheilbarkeit der Nichtigkeit steht, da dort die Bestätigung eines nichtigen Geschäftes als Vornahme eines neuen Rechtsgeschäfts aufgefaßt wird.

Für die Unmöglichkeitslehre bedeutet dies, daß ein Vertrag, dessen Erfüllung zur Zeit des Abschlusses unmöglich ist, auch nichtig bleibt, falls die Unmöglichkeit hinterher behoben wird, mit Ausnahme der Fälle natürlich, wo der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung vielleicht hinterher noch möglich wird. (Vergleiche § 308.)

[12]) L. 29. D. 50, 17.

§ 6.

Ursprüngliche objektive Unmöglichkeit der Leistung bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften.

Die Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches zeigt, daß sich die in den §§ 306—308 niedergelegten Vorschriften nur auf Verpflichtungen aus Verträgen beziehen.

Regeln über den Einfluß ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit bei einseitigen Verpflichtungen vermissen wir im Gesetz; es wäre hierfür daran zu denken, daß jemand im Wege der Auslobung oder der Schuldverschreibung auf den Inhaber eine anfänglich objektiv unmögliche Leistung verspricht.

Im Entwurf I war eine analoge Anwendung, der dann endgültig für die Verträge geregelten Unmöglichkeitsgrundsätze auf einseitige Verpflichtungsakte im § 343 vorgesehen. Weshalb eine Aufnahme dieser Vorschrift in die endgültige Fassung des Gesetzbuches nicht erfolgte, ist nicht ersichtlich. Als ein Redaktionsfehler wird dies kaum zu betrachten sein, da das Gesetz gerade in dem der Unmöglichkeitslehre vorhergehenden § 305 auf andere wie vertragsmäßige Obligationen sein Augenmerk lenkt. [1])

Wir werden somit annehmen müssen, daß die Regelung der Wissenschaft vorbehalten bleiben sollte.

Wenn wir das Verhältnis der einseitigen Verpflichtungen zu den Verträgen und ihre verschiedene rechtliche Behandlung im Gesetz gegenüber stellen, finden wir einen Fingerzeig für kommende Untersuchungen, der dahin deutet, daß der Gesetzgeber keine strengere Haftung bei einseitigen Verpflichtungen als bei Verträgen eintreten

[1]) Worauf Allermann a. a. O. Seite 35 hinweist.

lassen will. Abgesehen von den sonstigen rechtlichen Regelungen dieser beiden Gebiete ist schon deshalb bei den beiden einseitigen Rechtsgeschäften darum kein Grund zu strengerer Haftung ersichtlich, weil es sich bei diesen doch um eine Verpflichtung gegenüber einem entweder von vornherein (so bei der Auslobung) oder später (so bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber) unbegrenzten Kreise von Personen handelt, während bei den Verträgen sich die Kontrahenten von vornherein bekannt gegenüber stehen.

Im § 2171 hat der Gesetzgeber den Hinweis auf analoge Anwendung auf das Vermächtnis der für die Verträge aufgestellten Grundsätze für die ursprüngliche Unmöglichkeit gegeben. Dort heißt es: „Ein Vermächtnis, das auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot verstößt, ist unwirksam. Die Vorschriften des § 308 finden entsprechende Anwendung.“ Diese — allerdings ganz speziell geregelte — einseitige Verpflichtung auf Grund des Vermächtnisses richtet sich also im Prinzip genau nach den Vorschriften der §§ 306, 308.

Unsere Untersuchung wird sich nun darauf erstrecken, ob eine analoge Anwendung der Paragraphen über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung bei Verträgen auch für die einseitigen Rechtsgeschäfte der Auslobung und der Schuldverschreibung auf den Inhaber Platz greifen kann.

Wenden wir uns zunächst der Auslobung zu. Ihr Wesen besteht darin, daß jemand öffentlich für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für Herbeiführung eines Erfolges eine Belohnung verspricht.

Heute wird die Auslobung von der herrschenden Lehre[2]) als ein einseitiges Rechtsgeschäft mit verbindender Kraft aufgefaßt, wofür der Wortlaut des § 657 B. G.-B. eine feste Handhabe bietet. Die zur Zeit des gemeinen Rechts verfochtene Auffassung von einer Vertragsofferte in incertam personam erscheint uns nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und dem deutlichen Sinn der Motive (Seite 519) ganz unhaltbar. Sie hat auch nur noch vereinzelte Anhänger.[3])

Der Auslobende kann bis zur Herbeiführung des Erfolgs die Auslobung jederzeit widerrufen. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied gegenüber einer vertraglichen Vereinbarung eines Lohnes für den Fall des Eintritts eines Erfolgs, da dort normalerweise ein Widerruf nicht gestattet ist.

Hat nun jemand lange eifrig an der Herbeiführung eines Erfolgs gearbeitet, der Auslobende widerruft aber, als er kurz vor dem gewünschten Ziel steht, so sind ihm keinerlei Ansprüche für die aufgewandte Mühe gegeben.

Die Vorschrift des § 306 können wir auf die Auslobungen ohne Einschränkung anwenden[4]).

Eine Auslobung, deren Belohnung in einer von Anfang an objektiv unmöglichen Leistung besteht, ist nichtig.

Kann die versprochene Leistung nach den Gesetzen, nach denen sie bewirkt werden soll, nicht geschehen, fällt die Auslobung in sich selbst zusammen. Der innere Grund ist derselbe, den wir oben bei den Verträgen darlegten.

[2]) So: Crome, System II, § 279. Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2, § 335. Endemann, Lehrb. II, § 177. Matthiaß, Lehrb. Seite 379. Enneccerus, Lehrb. Seite 699. Planck, Bürgerl. Ges.-B., Band II, Vorbem. VII, Seite 589.

[3]) Z. B. Kohler, Lehrb. I, Seite 549, II, Seite 357.

[4]) So Cosack, Lehrb. Band I, Seite 346. Matthiaß, Lehrb. Seite 178. Titze, a. a. O. Seite 211. Pakuscher, a. a. O. Seite 40., Allermann, a. a. O. Seite 35. Jagielski, a. a. O. Seite 55.

Die Nichtigkeit einer solchen Auslobung ist die logische Folge davon, daß die Leistung nicht erfüllt werden kann. Denn ein Gesetz kann keine Leistung als Gegenstand einer Verpflichtung anerkennen, die entweder überhaupt nicht existiert oder nicht existieren kann oder die es selbst verbietet. Man denke ein Anatom verspricht für eine bestimmte Arbeit einen menschlichen Leichnam. Da er eine res extra commercium verspricht, ist die Erfüllung der Leistung unmöglich.

Die Vorschrift des § 308 können wir ebenfalls auf die Auslobung analog anwenden. Dort heißt es: „die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird. Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermines versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird". Hiernach steht also die Unmöglichkeit der Leistung der Gültigkeit einer Verpflichtung nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird. Der Abschluß ist also unter der aufschiebenden Bedingung der Möglichkeit der Leistung geschehen.

Auf die Bedingungen finden die allgemeinen Regeln der §§ 158 ff B. G.-B. Anwendung, insbesondere die des § 162, nach der eine gegen Treu und Glauben verstoßende Verhinderung des Eintritts der Bedingung als Eintritt derselben gilt. Wenden wir nun auf die Auslobung die Regeln vom Vertrage an, müssen dieselben in ihrem Resultate auch gelten; es tritt nur eine Modifikation dahin ein, daß nicht wie bei den Verträgen der Zeitpunkt des Entstehens, sondern der der Fälligkeit in Betracht kommt, also bei der Auslobung der Zeitpunkt, in dem der gewünschte Erfolg eintritt.

Wird nachträglich die ursprüngliche objektive Unmöglichkeit beseitigt, ist der Schuldner rechtlich verbunden [5]). Dies erhellt aus dem Umstand, daß bei der Auslobung der Zeitpunkt der Herbeiführung des Erfolges für die Leistung im allgemeinen, somit auch für die Möglichkeit der Leistung ausschlaggebend ist, da ja erst der Eintritt des Erfolges — vereint mit der vorhergehenden Auslobung — den Schuldner zur Leistung verpflichtet. Der Eintritt des Erfolges ist also Bedingung für das Entstehen des Anspruchs.

In der Zwischenzeit ist ein Anspruch überhaupt nicht vorhanden. Wenn man das in einer Auslobung getane Versprechen ernst nehmen konnte, so wird es auch für den Fall, daß die ursprüngliche objektive Unmöglichkeit der Leistung beseitigt wird, als verpflichtend zu betrachten sein.

Wir sehen also, § 308 B. G.-B. findet auf die Auslobung mutatis mutandis analoge Anwendung. [6])

Anders verhält es sich mit § 307 B. G.-B. Dieser sichert für den Fall, daß bei Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, ein Teil vorher die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, der andere jedoch auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, ohne die Unmöglichkeit der Leistung zu kennen oder kennen zu müssen, diesem Ersatz des negativen Geschäftsinteresses zu. Titze [7]) will auch hier analoge Anwendung Platz finden lassen und argumentiert mit der Tatsache, daß, wie erwähnt, der erste Entwurf eine analoge Behandlung der für Vertragsobligationen geltenden Rechts-

[5]) Allermann, a. a. O. Seite 37.

[6]) So: Cosack, Lehrb., Seite 346. Matthiaß, Lehrb., Seite 178. Titze, a. a. O., Seite 211. Allermann, a. a. O., Seite 35. Pakuscher, a. a. O., Seite 39. Jagielski, a. a. O., Seite 54.

[7]) Titze a. a. O., Seite 212, Anm. 2.

sätze bei einseitigen Verpflichtungen vorschrieb. Jagielski [8]) führt als Beleg für eine analoge Anwendung den § 307 an, „es entspreche der Billigkeit", jemandem, der in Hoffnung auf den ausgelobten Gegenstand Anstrengungen zu einem Erfolge vornimmt, auch ein Äquivalent dafür zu bieten Dies kann mangels jeder Grundlage für Anwendung von Billigkeitserwägungen bei den in Frage kommenden Rechtsverhältnissen keine Billigung finden. Wir wiesen oben darauf hin, daß nur da, wo das Gesetz auf Billigkeitserwägungen verweist, solche Platz greifen dürfen.

Bei der Auslobung stellt § 658 B. G.-B. den Widerruf in das freie Belieben des Auslobenden. Wir werden daher demjenigen, der um den Erfolg eine Auslobung herbeizuführen bemüht war, einen Ersatz des Schadens, den er durch Nichtkennen der Unmöglichkeit der Leistung erleidet, nicht zubilligen können. Denn der im Hinblick auf die Auslobung Tätige mußte jeden Augenblick mit der Möglichkeit des Widerrufes rechnen. Wir werden daher von negativem Geschäftsinteresse im sonst gebräuchlichen Sinne bei der Auslobung überhaupt nicht reden können.

Somit werden wir eine analoge Anwendung des § 307 B. G.-B. für die Auslobung verneinen müssen. [9])

Wenden wir uns nun der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber zu.

Die Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber regelt der 22. Abschnitt des 2 Buches. § 793 B. G.-B. bietet eine klare Legaldefinition. Danach ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber eine Urkunde, in der der Aussteller durch ein einseitiges Versprechen dem Inhaber derselben eine Leistung verspricht.

[8]) Jagielksi, a. a. O., Seite 55.
[9]) So: Matthiaß, Lehrb., Seite 178. Allermann, a. a. O., Seite 37.

Im gemeinen Recht herrschte Streit über die juristische Natur dieser Papiere; insbesondere war es zweifelhaft, in welchem Zeitpunkt für den Aussteller die Verpflichtung erwuchs. Für das B. G.-B. hat § 794 zu Gunsten der sogenannten Kreationstheorie entschieden.

Durch das bloße Ausstellen des Papieres wird der Aussteller schon verpflichtet; für die rechtliche Funktion der Urkunde ist es bedeutungslos, ob sie mit oder ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gekommen ist.

Bemerkenswert ist die Vorschrift des § 795 B. G.-B., die die Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die auf bestimmte Geldsummen lauten, von staatlicher Genehmigung abhängig macht. Andere Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben ist jedermann befugt.

Neben den nicht auf eine bestimmte Geldsumme gestellten Papieren (Dividendenscheine etc.) gibt es eine große Anzahl Schuldverschreibungen auf den Inhaber im täglichen Verkehr, die auf nicht in Geld bestehende Leistungen lauten. Hierher gehören beispielsweise alle nicht auf Ordre lautenden Papiere des Handelsrechts. Bei einem neuerdings häufigem Verfahren, bei dem z. B. unter hundert Paketen zehn Paketen Scheine beigepackt sind, in denen der Aussteller dem Inhaber ein aus dem Schein ersichtliches Geschenk verspricht, müssen wir diese Papiere als Schuldverschreibungen auf den Inhaber rechtlich beurteilen.

Bei allen den genannten Fällen kann das Problem der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung leicht auftauchen. Man denke an einem Lagerschein, der auf 1 Pfund Radium lautet!

Wenden wir uns nun der Behandlung im einzelnen zu.

Die für die Verträge im § 306 niedergelegte Vorschrift muß auch für die Schuldverschreibung auf den Inhaber Platz greifen; eine auf eine unmögliche Leistung gerichtete Schuldverschreibung auf den Inhaber ist nichtig.[10])

Daß es ein Unding für ein Gesetz ist, eine Leistung zum Gegenstand einer Verpflichtung zu machen, deren Bewirkung die Regeln widerstreben, nach denen sie erfolgen sollen, ist oben bereits erörtert, sodaß wir uns hier mit dem Hinweis auf bereits Gesagtes begnügen.

Bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber muß ferner folgende Erwägung auf eine analoge Anwendung des § 306 hinführen: Normalerweise wird beim Zirkulieren einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ein Vertrag vorliegen; das Gesetz hat jedoch durch die Annahme der Kreationstheorie den Schuldverschreibungen den Charakter einseitiger Verpflichtungserklärungen gegeben. Streng genommen kann dies aber nur für den Erwerb des Gläubigerrechts, nicht jedoch für die Haftung des Schuldners ausschlaggebend sein. Die Uebergabe des Papieres genügt zum Uebergang der Rechte aus demselben. Nur für das Recht aus dem Papiere kann dies gelten, an sich behält aber die Obligation ihre sonstigen Eigenschaften, die Lehre von der Verjährung, vom Verzug und von der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung finden auf sie Anwendung.[11])

[10]) Wir halten hierbei immer an der von uns oben getroffenen Formulierung des Begriffs der Unmöglichkeit der Leistung fest. Hier zeigt sich deutlich, wie notwendig es war, diesen fest zu umgrenzen. Wie will man die Billigkeitserwägungen Titzes hier anwenden? Billigkeitsrücksichten finden stets ihre Regelung in dem Ausgleich der Interessen des Schuldners und des Gläubigers. — Wie aber, wenn ein Teil völlig unbekannt ist?

[11]) So: Allermann, a. a. O., Seite 35.

Wir werden uns daher auch für eine der Vorschrift des § 306 analoge Behandlung der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung bei Schuldverschreibung auf den Inhaber zu entscheiden haben.[12])

Oben haben wir dargelegt, daß für die Auslobung eine dem § 307 analoge Vorschrift nicht Platz greifen kann. Wir hatten dies damit begründet, daß bei der Auslobung dem Auslobenden jederzeit der Widerruf gestattet ist, sodaß „ein Vertrauen auf die Gültigkeit" im Sinne des § 307 auf Seiten dessen, der sich um die Herbeiführung eines Erfolges bemüht, nie für vorliegend erachtet werden kann.

Zum entgegengesetzten Resultat muß die Behandlung der Schuldverschreibung auf den Inhaber durch die Annahme der Kreationstheorie führen. Der Aussteller wird auch dann aus einer Schuldverschreibung verpflichtet, wenn die Urkunde ihm gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. (§ 794, B. G.-B.).

Die Möglichkeit, daß der Aussteller seine in der Urkunde gegebene Erklärung widerrufe, ist also hier nicht gegeben, ja das Fehlen einer vertraglichen Unterlage schadet dem Inhaber unter Umständen nichts, da der Aussteller ihm nur solche Einwendungen entgegensetzen kann, die sich aus dem Papier ergeben oder die ihm, dem Aussteller, unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. (§ 796.)

Wir werden also zu dem Schluß kommen müssen, daß der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, die auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, sofern er

[12]) So: Cosack, a. a. O., Seite 346. Matthiaß, a. a. O., Seite 178. Titze, a. a. O., Seite 211. Jagielski, a. a. O., Seite 55. Pakuscher, a. a. O., Seite 39. Allermann, a. a. O., Seite 35.

die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, dem Inhaber zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Schuldverschreibung vertraut hat. Wir werden hierbei zweckmäßigerweise die Grenze des § 307 heranziehen, daß nämlich der Schadenersatz nicht den Betrag des Interesses übersteigen darf, den der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat.

Ebenso muß die Vorschrift, daß eine Ersatzpflicht dann nicht eintritt, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, für Schuldverschreibungen auf den Inhaber Anwendung finden. Ist eine Urkunde solchen Inhalts, daß jeder verständige Mensch den Mangel des Ernstes erkennen muß, (man denke sich einen grünen Hund als Gegenstand einer solchen Urkunde), so darf daraus für den Aussteller, der sie in dieser Voraussetzung, etwa im Scherze, abgab, kein Rechtsnachteil erwachsen.[13])

Die analoge Anwendung des Absatz 2 des § 307 müssen wir ebenfalls bejahen. § 139 B. G.-B. gibt hierfür eine wichtige Regel.[14]) Ist die Leistung nur teilweise unmöglich, so bleibt der Rest des Rechtsgeschäfts gültig, wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde.

Bei Erörterung der Anwendbarkeit des § 308 B. G.-B. für unser Gebiet, müssen wir den nämlichen Gesichtspunkten folgen, wie oben bei der Auslobung. § 308 sagt: Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn der Vertrag für den Fall

[13]) So: Allermann, a. a. O., Seite 35. Jagielski, a. a. O., Seite 55. A. M. Matthiaß, a. a. O., Seite 178.

[14]) So: Allermann, a. a. O., Seite 39.

geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird. Der Vertrag wird also unter der aufschiebenden Bedingung der Möglichkeit der Leistung geschlossen. Oben wurde auf die allgemeinen Vorschriften über die Bedingungen hingewiesen. Für die Schuldverschreibung auf den Inhaber ist das oben Gesagte in vollem Maße heranzuziehen, jedoch mit der Abänderung, daß für diese nicht der Zeitpunkt des Entstehens, wie bei Verträgen oder der Fälligkeit, wie bei der Auslobung, sondern der der Präsentation zum Zwecke der Einlösung rechtlich bedeutungsvoll ist.

Ist überhaupt das Versprechen aus einer Urkunde als ernsthaft zu betrachten, so muß es bindend sein, wenn die Unmöglichkeit vor der Präsentation beseitigt wird. Dies ergibt sich daraus, daß bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber ein Zeitpunkt des Anfangs der Verpflichtung für den Aussteller meist nicht festzustellen ist, diesem Moment durch die Annahme der Kreationstheorie auch gar kein Gewicht beigelegt wird, gegenüber dem der Präsentation der Urkunde.

Für den Schuldner ist meist nicht festzustellen, da die Urkunden von Hand zu Hand gehen, wann er dem X und wann er dem Y verpflichtet wurde; für den Gläubiger kann aber nur der Zeitpunkt maßgebend sein, in dem er berechtigt wird. Im Gegensatz zu den §§ 306 ff. ist bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber der Zeitpunkt der Berechtigung und der Verpflichtung häufig getrennt. Maßgebend kann aber nur der der Berechtigung sein. Mit Recht weißt Allermann[15]) auf die Möglichkeit der Rechtsunsicherheit hin bei Annahme eines anderen Resultats: „Man bedenke nur, wenn der Gläubiger eine Schuldverschreibung annimmt, in welcher, wie er sicher

[15]) Allermann, a. a. O., Seite 35.

weiß, eine jetzt mögliche Leistung versprochen wird und nun würde der Schuldner kommen und sagen: „zur Zeit, als ich versprach, war sie objektiv unmöglich". Mit Recht kann dann der Gläubiger erwidern: „Nicht aber zur Zeit, als ich berechtigt wurde."

Der Umstand, daß der Aussteller einer Schuldverschreibung nicht den nächsten, sondern irgend einen fernen Inhaber als den ihm gegenüber Berechtigten im Auge haben muß, muß für unsere Ansicht sprechen. Es ist in jeder Schuldverschreibung auf den Inhaber die stillschweigende Erklärung eingeschlossen, daß der Aussteller für den Fall, daß die versprochene Leistung möglich wird, verpflichtet sein will.

§ 308, Absatz 2 regelt im Gegensatz zum Absatz 1 die Fälle, bei denen die Parteien garnicht die Unmöglichkeit beim Vertragsabschluß in Betracht gezogen haben, sondern die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung von dem Eintritt einer anderen Bedingung oder von einem anderen Anfangstermin abhängig machen wollten. Er heißt: „wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermines versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird." Sein Wortlaut unterstützt die oben von uns dargelegte Ansicht, daß, wenn zwar beim Entstehen der Obligation (Kreation der Schuldverschreibung auf den Inhaber) eine Unmöglichkeit der Leistung vorlag, dennoch dieser kein Gewicht beigelegt werden soll, wenn die Leistung vor dem Fälligwerden (vor der Prästation) noch möglich wird.

§ 7.

Ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung bei einseitigen Verpflichtungen.

Auch über das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften vermissen wir positive Vorschriften im Gesetz. Oben wurde darauf hingewiesen, daß für Unvermögen bei Verträgen, diese leicht zu entbehren sind. Die vorstehenden Ausführungen haben auch für die hier in Rede stehenden Rechtsverhältnisse Geltung. Für die Haftung des Schuldners muß es gleichgültig sein, ob dieser seine Verpflichtung durch Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft auf sich nahm.

Hat sich jemand zu einer Leistung verpflichtet, die ihm persönlich zu bewirken unmöglich ist, so haftet er dafür nach den allgemeinen Regeln, das heißt auf das Erfüllungsinteresse. Wer eine Verpflichtung eingeht, ruft dadurch beim anderen Teil das Vertrauen hervor, daß er diese auch erfüllen kann; wenn z. B. ein völlig Mittelloser in einer Auslobung 1000 Mark verspricht, oder in einer Schuldverschreibung auf den Inhaber sich verpflichtet, dem Vorleger der Urkunde ein Dutzend silberne Löffel auszuhändigen, so ist kein rechtlicher Grund ersichtlich, weshalb die Verpflichtung nicht wirksam sein soll.

Wir finden für unsere Ansicht wichtige Anhaltspunkte im Gesetz selbst. § 2169, Absatz 1, besagt: „Das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes ist unwirksam, sobald der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehört, es sei denn, daß der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, daß er

nicht zur Erbschaft gehört.“ Ferner: § 2170: „Ist das Vermächtnis eines Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehört, nach § 2169, Absatz 1, wirksam, so hat der Beschwerte den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen“ Wir haben hier also eine Verpflichtung des unvermögenden Erben. § 2171 bestimmt dagegen, daß ein auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtetes Vermächtnis nichtig sein soll.

Wir sehen also hier eine der Vorschrift des § 306 entsprechende Regelung. Die für unser Spezialgebiet fehlende Vorschrift können wir im Wege der Analogie aus der rechtlichen Behandlung des ursprünglichen Unvermögens beim Vermächtnis herübernehmen.

Hiergegen erhebt Jagielski [1]) einen Einwand: „Gerade weil bei den §§ 2169 und 2170 die Gültigkeit des Vermächtnisses ausdrücklich hervorgehoben wird, so folgt als ein sicheres Argumentum e contrario, daß sonst ein solches Rechtsgeschäft nichtig sein soll.“ Ein solcher Einwand ist verfehlt. Der Grund für diese spezielle Regelung ist der, daß der Schuldner nach § 2170 wegen Gültigkeit des Schuldverhältnisses vollen Schadensersatz leisten müßte. Um diese Härte zu umgehen, ist in § 2170 Absatz 2 gesagt, daß der Erbe nur den Wert zu ersetzen hat, wenn er zur Beschaffung des Gegenstandes unvermögend ist und schließt so einen weiteren Schadensersatz aus. [2])

In der Literatur finden wir die angeführten Paragraphen über das Vermächtnis häufig als Belege für die Rechtsgültigkeit eines Vertrages bei ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit angezogen. [3])

---

[1]) Jagielski, a. a. O., Seite 70.

[2]) cf. Jagielski, a. a. O., Seite 71.

[3]) Z. B. Biermann, a. a. O., Seite 96. Endemann, a. a. O., Seite 695. Jagielski, a. a. O., Seite 70.

Mit viel größerer Berechtigung können wir diese als Argumente für die Verpflichtungen aus einseitigen Rechtsgeschäften benutzen, da das Vermächtnis doch nur eine einseitige Verpflichtung ist, die der Gesetzgeber in einiger Hinsicht besonders geregelt hat.

Der von uns vertretene Standpunkt in dieser Frage wird in der Literatur einstimmig geteilt.[4]) Betreffs seiner inneren Berechtigung wird auf das bereits Gesagte verwiesen; wer sich zu einer objektiv möglichen Leistung verpflichtet, ruft dadurch beim Gegner Vertrauen auf seine Leistungsfähigkeit hervor, und es muß als gerechtfertigt erscheinen, daß er in vollem Umfange haftet.

---

[4]) So: Plank, a. a. O., Anm. II, 1 zu § 275. Cosack, a. a. O., Seite 353. Titze, a. a. O., Seite 247. Jagielski, a. a. O., Seite 71. Allermann, a. a. O., Seite 37. So auch das Reichsgericht in Seufferts Arch. Band 49, Seite 19 ff., Band 56, Seite 440 ff.